

K

A

R

Kwalifikacja prawna *spammingu* jako czynu nieuczciwej konkurencji na gruncie ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną¹ oraz ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji²

Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. *Spamming* jako czyn nieuczciwej konkurencji na gruncie ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną
- III. *Spamming* jako czyn nieuczciwej konkurencji na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji
- IV. Porównawcza analiza przesłanek i wnioski

Streszczenie

Rozwój nowych technologii niesie ze sobą liczne udogodnienia dla ludzkości – możemy działać łatwiej, taniej, eliminować błędy. Dzięki nowym technologiom człowiek optymalizuje swoje działania, dzięki czemu szybciej jest w stanie osiągnąć zamierzony cel. Nowe technologie mają również wpływ na rozwój przedsiębiorczości, a co się z tym wiąże, oddziałują na kształtowanie się konkurencji. Obecnie niemal każdy przedsiębiorca posługuje się technicznymi środkami komunikacji, z czego prawie każdy wykorzystuje je dla działalności marketingowej. Minimalne nakłady, jakich wymaga przesyłanie informacji za pomocą środków technicznych, w szczególności poczty elektronicznej, spowodowało pojawienie się zjawiska powszechnie zwanego *spammingiem*. Z uwagi na fakt, że przesyłanie niezamawianej informacji handlowej jest często związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, a ponadto jest zjawiskiem niepożądanym autorka niniejszego artykułu podjęła próbę analizy zjawiska jako naruszenia z punktu widzenia uczciwego konkurowania na rynku. Polski ustawodawca słusznie umieścił *spamming* w katalogu czynów nieuczciwej konkurencji, jednak zbyt wyraźnie eksponując problem naruszeń popełnianym przeciwko konsumentom, pomija kwestię nadużyć kierowanych wobec konkurentów. Narzędzia walki z niezamawianymi informacjami są mało skuteczne, wobec czego konieczne jest wprowadzenie zmian powodujących ekonomiczną nieopłacalność naruszenia oraz ułatwienie pokrzywdzonym dochodzenia ich praw.

Klasyfikacja i słowa kluczowe: K22; *spamming*; czyn nieuczciwej konkurencji; nieuczciwa reklama.

* Doktorant w Zakładzie Prawa Gospodarczego i Handlowego Uniwersytetu Wrocławskiego; aplikant radcowski przy Okręgowej Izbie Radców Prawnych we Wrocławiu; e-mail: szczotkowska.monika@gmail.com.

¹ Ustawa z dnia 18.07.2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz.U. 2002 Nr 144, poz. 1204).

² Ustawa z dnia 16.04.1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. 1993 Nr 47, poz. 211).

I. Wprowadzenie

W dzisiejszym świecie wykorzystywanie technicznych środków komunikacji jest nierozzerwalnym zjawiskiem prowadzenia działalności gospodarczej, w szczególności w zakresie podejmowania działań marketingowych. Szybkość, łatwość i minimalne koszty reklamy rozpowszechnianej za pomocą środków komunikacji na odległość powodują, że zjawisko jest masowe i przez to bardzo często uciążliwe dla adresatów korespondencji. Obecnie największym problemem związanym z wykorzystywaniem technicznych narzędzi komunikacji jest spam. Zjawisko jest powszechnie znane jako otrzymywanie niepożądanych przez odbiorców wiadomości tekstowych. J. Gołaczyński wyróżnia trzy cechy wiadomości, które umożliwiają zakwalifikowanie jej jako spamu: (1) jej treść i kontekst są niezależne od tożsamości odbiorcy, ponieważ potencjalnie taka sama może być skierowana do wielu innych osób (uniwersalność treści); (2) odbiorca nie wyraził wcześniej zgody na otrzymanie wiadomości, przy czym zgoda taka musi być wyraźna, możliwa do weryfikacji, zamierzona i zawsze odwołalna (brak zgody odbiorcy); (3) z okoliczności wynika, że wysyłający odniesie z faktu wysłania wiadomości korzyści większe, niż te, jakie odniesie odbiorca w związku z jej otrzymaniem (asymetria korzyści)³. W związku z tym, że spam zwykle zawiera informacje handlowe w doktrynie najczęściej rozważany jest w kontekście nadużyć prawa konkurencji.

W polskim prawodawstwie *spamming* jest deliktem, który w większości przypadków może zostać uznany za czyn nieuczciwej konkurencji na podstawie różnych aktów prawnych.

Pierwszą z możliwości zakwalifikowania *spammingu* jako antykonkurencyjnego zachowania daje ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną (dalej: uośude), zgodnie z którą zakazane jest przesyłanie niezamówionej informacji handlowej skierowanej do oznaczonego odbiorcy będącego osobą fizyczną za pomocą środków komunikacji elektronicznej, w szczególności poczty e-mail.

Możliwość zakwalifikowania *spammingu* jako czynu nieuczciwej konkurencji istnieje również w oparciu o ustawę o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej: uoznk).

Artykuł przedstawia przesłanki warunkujące zakwalifikowanie *spammingu* jako deliktu przeciwko uczciwej konkurencji.

Podsumowanie zawiera porównanie zakresów *spammingu* jako czynu nieuczciwej konkurencji na gruncie dwóch wspomnianych w tekście ustaw. Pomimo licznych regulacji prawnych zakazujących przesyłania niezamawianych informacji narzędzia walki ze spamem nie są efektywne. Remedium na tę swoistą patologię XXI w. mogą przynieść rozwiązania powodujące finansową nieopłacalność popełniania przedmiotowego naruszenia.

II. Spam jako czyn nieuczciwej konkurencji na gruncie ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną

Kwestię *spammingu* w polskim ustawodawstwie porusza art. 10 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Powodem wprowadzenia tego przepisu była dyrektywa 2000/31/WE, a konkretnie art. 7 tego aktu, który stanowi: „Poza wymaganiami przewidzianymi przez prawo wspólnotowe, państwa członkowskie, które dopuszczają niezamówione informacje handlowe przesyłane pocztą elektroniczną, zapewniają, aby informacje handlowe przesyłane przez usługodawcę mającego siedzibę na ich terytorium były wyraźnie i jednoznacznie rozpoznawane jako takie w momencie

³ J. Gołaczyński, *Wybrane problemy regulacji antyspamowej w Polsce*, „Prawo Mediów Elektronicznych” 2007, nr 6.

ich otrzymania przez odbiorcę (...) Państwa członkowskie podejmują środki w celu zagwarantowania, żeby usługodawcy przesyłający pocztą elektroniczną niezamówione informacje handlowe regularnie sprawdzali i stosowali się do rejestrów wyłączeń, do których osoby fizyczne, które nie chcą otrzymywać tego typu informacji, mogą się wypisać⁴. Sposób walki z niezamawianą informacją określony w cytowanej dyrektywie powszechnie nazywany jest systemem *opt-out*. Polega on na tym, że podmiot, który nie zgadza się na otrzymywanie niezamawianej informacji handlowej może wpisać się do odpowiedniego rejestru i dzięki temu zapobiec otrzymywaniu niepożądanych wiadomości. Wymóg ten skierowany jest jednak do krajów, w których nie ma zakazu rozsyłania takich informacji. Wskazana dyrektywa pozostawiła do wyboru państw członkowskich czy zdecydują się one na wdrożenie systemu *opt-out*, czy wprowadzą zakaz przesyłania niezamawianej informacji handlowej w ogóle.

Ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną wymaga od nadawcy uzyskania wcześniejszej zgody odbiorcy na otrzymywanie informacji handlowej przekazywanej środkami komunikacji elektronicznej, czyli tzw. system *opt-in*⁵. Polski ustawodawca wybrał zatem drugą z proponowanych możliwości, która teoretycznie powinna skuteczniej chronić przed naruszeniami związanymi z przesyłaniem informacji handlowych.

Zgodnie z brzmieniem art. 10 ust. 1 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną zakazane jest przesyłanie niezamówionej informacji handlowej skierowanej do oznaczonego odbiorcy będącego osobą fizyczną za pomocą środków komunikacji elektronicznej, w szczególności poczty elektronicznej. Zakaz wyrażony w cytowanym przepisie przedstawia węższe rozumienie *spammingu*, tj. wymaga, aby niezamówiona informacja miała charakter marketingowy. Ponadto wskazuje, że *spamming* jest czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przepis ten zawiera zatem definicję legalną nazwanego czynu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z jej treścią przesyłanie wiadomości musi łącznie spełniać następujące przesłanki, aby naruszało ustawę o świadczeniu usług drogą elektroniczną:

- 1) wiadomość została wysłana za pomocą środków komunikacji elektronicznej;
- 2) odbiorca jest osobą fizyczną;
- 3) odbiorca jest oznaczony;
- 4) odbiorca nie zamawiał przesyłanej informacji;
- 5) przekaz miał charakter informacji handlowej.

W stosunku do pierwszej z przesłanek ustawodawca określił w art. 2 pkt. 5 uśude, co należy rozumieć przez pojęcie środków komunikacji elektronicznej. Są to *rozwiązania techniczne, w tym urządzenia teleinformatyczne i współpracujące z nimi narzędzia programowe, umożliwiające indywidualne porozumiewanie się na odległość przy wykorzystaniu transmisji danych między systemami teleinformatycznymi, w szczególności pocztą elektroniczną*. Katalog narzędzi komunikacyjnych ma charakter otwarty, o czym świadczy użycie zwrotu *w szczególności*. Przesłanka ta będzie spełniona także przez podmiot, który posłuży się komunikatorem GaduGadu, wyśle wiadomość za pomocą portalu społecznościowego, takiego jak Facebook, LinkedIn, Goldenline itp. Najczęstszym narzędziem naruszeń związanych z przesyłaniem niezamówionej informacji handlowej jest jednak poczta elektroniczna.

⁴ J. Gołaczyński, *Ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009, s. 110.

⁵ *Ibidem*, s. 118.

Zgodnie z art. 10 ust. 1 uośude zakazane jest wysyłanie niezamówionej informacji handlowej do osób fizycznych. Przedmiotowa ustawa nie definiuje pojęcia osoby fizycznej, dlatego też pojęcie to należy rozumieć w oparciu o przepisy kodeksu cywilnego, według którego osobą fizyczną jest każdy człowiek od chwili narodzin aż do śmierci. Podkreślić należy, że osobą fizyczną jest nie tylko konsument, lecz także część przedsiębiorców, a mianowicie osoby fizyczne prowadzące jednoosobową działalność gospodarczą oraz wspólnicy spółek cywilnych. Dodatkowo nie ma znaczenia czy informacja handlowa jest wysyłana do osoby fizycznej na jej adres pracowniczy, tj. utworzony na domenie pracodawcy, czy prywatny. Taką interpretację potwierdza wyrok SA w Warszawie z dnia 10 lipca 2013r. w sprawie VI ACa 1414/12, gdzie za naruszenie uznane zostało wysłanie informacji handlowej do prokurenta spółki z ograniczoną odpowiedzialnością na jego adres służbowy.

Dla zakwalifikowania *spammingu* jako zakazanego przez powoływaną ustawę konieczne jest wysyłanie wiadomości do oznaczonego odbiorcy. Ustawa nie definiuje co należy rozumieć przez pojęcie adresata oznaczonego. Zgodnie z poglądem wyrażanym w literaturze chodzi po prostu o takiego odbiorcę, którego można zindywidualizować⁶. W odniesieniu do przesyłania informacji za pośrednictwem poczty elektronicznej należy podkreślić, że nie ma konieczności, aby indywidualizacja możliwa była w oparciu o sam adres poczty elektronicznej lub żeby na jego podstawie można było zidentyfikować podmiot z imienia i nazwiska. Naruszeniem jest wysyłanie informacji na adres zarówno zawierający dane osobowe użytkownika adresu, jak i nie zawierający takich informacji⁷. Informacja ma być jedynie kierowana do oznaczonego człowieka. Nie będzie zatem naruszeniem rozpowszechnienie informacji przed środki masowego przekazu, takie jak fora internetowe czy portale z reklamami.

Należy mieć na względzie, że wiadomość mająca charakter marketingowy rozsyłana nawet masowo do oznaczonych adresatów sama w sobie nie narusza prawa. Zakaz odnosi się do informacji, których adresat nie zamawiał, tj. nie wyraził zgody na ich przesłanie. Aby można było mówić o wyłączeniu bezprawności potencjalny odbiorca musi jej udzielić przed wysłaniem e-listu. Jest to istotne, ponieważ spamery często wysyłają wiadomości zawierające w swojej treści zapytanie o zgodę na przesyłanie korespondencji. Takie zapytanie jest próbą obejścia przepisu, pretekstem na usprawiedliwienie bezprawności działania. Zapytanie o zgodę zawarte w treści wiadomości, zgodnie z orzecznictwem⁸, nie wyłącza bezprawności zachowania *spammera*⁹.

Zgoda nie może być również domniemana lub dorozumiana, a ponadto adresatowi powinna być zapewniona łatwa forma rezygnacji z dalszego otrzymywania e-wiadomości z danego źródła¹⁰. Zezwolenie musi mieć charakter wyraźny. Jak podkreśla D. Kasprzycki „(...) musi to być forma aktywnego działania, tzn. odbiorca powinien mieć świadomość, że takiej zgody udziela oraz na co jej udziela”¹¹. W związku z tym działanie potencjalnego adresata polegające na „upublicznieniu” adresu mailowego nie są równoznaczne z wyrażeniem zgody na otrzymywanie informacji

⁶ Ibidem, s. 116.

⁷ Przykładowe adresy zawierające w nazwie użytkownika jedynie nazwy powszechnie używane.

⁸ Wyr. SA w Warszawie z dnia 10.07.2013r. VI ACa 1414/12.

⁹ D. Kasprzycki, *SPAM, czyli niezamawiana komercyjna poczta elektroniczna. Zagadnienia cywilnoprawne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2005, s. 201.

¹⁰ J. Mikoś, *Spam – metody walki i obrony*, [w:] J. Gołaczyński (red.), „Prawo Mediów Elektronicznych” 2006, nr 4 (dodatek do „Monitora Prawniczego” 2006, nr 2), s. 78.

¹¹ D. Kasprzycki, *SPAM, czyli niezamawiana...*, s. 185.

handlowych¹². Udostępnienie adresu elektronicznego identyfikującego potencjalnego odbiorcę przybliży kierunek interpretacji zwrotu „wyrażenie zgody”. Adresem elektronicznym może być między innymi: adres poczty elektronicznej, tzw. adres e-mail, numer IP, adres strony internetowej, a także numer telefonu komórkowego, gdy jest wykorzystywany do przesyłania wiadomości tekstowych w postaci SMS¹³. *Identyfikujący adres elektroniczny* z art. 10 ust. 1 nie powinien być interpretowany w oparciu o przepisy uodo, tzn. jako pozwalający na ustalenie tożsamości nadawcy¹⁴. Chodzi tu o każdy adres elektroniczny pozwalający na *identyfikację użytkownika systemu rozumianą jako posiadanie informacji umożliwiających skuteczne przesyłanie mu wiadomości za pomocą środka komunikacji elektronicznej*¹⁵. Wyrażenie zgody może mieć również postać tzw. zgody blankietowej, na przykład poprzez akceptację regulaminu darmowych kont e-mail, gdzie użytkownik w zamian za możliwość bezpłatnego korzystania z poczty godzi się na otrzymywanie niezamawianych reklam w ogóle, z określonego źródła lub odnośnie do określonych produktów. Jest to najczęściej stosowany sposób uzyskiwania zgody na przesyłanie informacji handlowej i trudno jest znaleźć usługodawcę, który bezpłatnie zapewniłby możliwość korzystania z poczty elektronicznej bez wyrażenia zgody na otrzymywanie informacji reklamowych.

Istotną różnicą pomiędzy *spammingiem* w ogóle a tym wyraźnie zakazanym ma treść wysyłanej wiadomości. Aby działanie naruszało art. 10 ust. 1 informacja zawarta w korespondencji musi mieć charakter informacji handlowej. Art. 2 pkt. 2 stanowi, że „informacją handlową jest każda informacja przeznaczona bezpośrednio lub pośrednio do promowania towarów, usług lub wizerunku przedsiębiorcy lub osoby wykonującej zawód, której prawo do wykonywania zawodu jest uzależnione od spełnienia wymagań określonych w odrębnych ustawach, z wyłączeniem informacji umożliwiającej porozumiewanie się za pomocą środków komunikacji elektronicznej z określoną osobą oraz informacji o towarach i usługach niesłużącej osiągnięciu efektu handlowego pożądanego przez podmiot, który zleca jej rozpowszechnianie, w szczególności bez wynagrodzenia lub innych korzyści od producentów, sprzedawców i świadczących usługi”. Definicję tę wzbogaca art. 9 omawianej ustawy stanowiąc, że musi być ona wyraźnie wyodrębniana i oznaczana w sposób niebudzący wątpliwości, że jest to informacja handlowa.

Zakaz przesyłania niezamówionej informacji handlowej nie stawia wymogu co do ilości przesyłanych wiadomości. Nawet pojedyncza informacja stanowi naruszenie przedmiotowej ustawy, na co zwraca uwagę J. Gołaczyński¹⁶. Takie stanowisko zostało również wyrażone w powoływanym wcześniej wyroku SA w Warszawie z dnia 10 lipca 2013r. w sprawie VI ACa 1414/12.

Art. 10 ust. 3 wyraźnie stanowi, że czyn stypizowany w art. 10 ust. 1 jest czynem nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W doktrynie postuluje się przeniesienie tego czynu do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z uwagi na to, że wysyłanie niezamówionej informacji handlowej nie stanowi usługi świadczonej drogą elektroniczną¹⁷. Stanowisko to jest tym bardziej trafne, że przecież sama uśude odsyła do uznk. Działanie polegające

¹² J. Gołaczyński, *Ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009, s. 119. Za przykład „upublicznienia” podane jest zamieszczenie adresu e-mail przez profesora na stronie internetowej uniwersytetu lub przez przedstawiciela przedsiębiorstwa na stronie internetowej tego przedsiębiorstwa.

¹³ P. Litwiński, *Ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną – nowa regulacja, nowe obowiązki. Ochrona Informacji*, Biuletyn TISM 2000, nr 6–7, s. 188.

¹⁴ J. Gołaczyński, *Ustawa o świadczeniu...*, s. 120.

¹⁵ X. Konarski, *Komentarz do ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną*, Difin, Warszawa 2004, s. 47 i 117.

¹⁶ *Ibidem*, s. 117.

¹⁷ D Kasprzycki, *SPAM, czyli...*, s. 218.

na przesyłaniu niezamawianych wiadomości marketingowych narusza zasady współzawodnictwa, ponieważ stanowi nieuczciwy sposób pozyskiwania klientów¹⁸. Przedmiotem ochrony jest tu uczciwa rywalizacja, a nie interesy gospodarcze konkurentów. Powoduje on uciążliwości również dla odbiorców: „muszą oni dokonywać dodatkowych inwestycji w urządzenia filtrujące, zwiększać pojemność skrzynek pocztowych, poświęcać czas na usuwanie przybywających danych”¹⁹, a ponadto narusza prawo do prywatności zagwarantowane w Konstytucji RP.

III. *Spamming* jako czyn nieuczciwej konkurencji na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Spamming może być zakwalifikowany jako czyn nieuczciwej konkurencji także w oparciu o ustawę o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Podstawę dla tego stanowi art. 16 ust. 1 pkt. 5, zgodnie z którym czynem nieuczciwej konkurencji jest reklama, która stanowi istotną ingerencję w sferę prywatności, w szczególności przez uciążliwe dla klientów nagabywanie w miejscach publicznych, przesyłanie na koszt klienta niezamówionych towarów lub nadużywanie technicznych środków przekazu informacji.

Zjawisko *spammingu*, aby mogło być zakwalifikowane jako delikt nieuczciwej konkurencji bez względu na regulacje ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną musi spełniać następujące przesłanki:

- a) zawierać informację reklamową;
- b) stanowić istotną ingerencję w sferę prywatności, przy czym ingerencja musi być uciążliwa;
- c) stanowić nadużycie technicznych środków przekazu.

Reklama nie znajduje swojej definicji legalnej w polskim prawodawstwie. Zgodnie ze słownikiem języka polskiego reklama to działanie mające na celu zachęcenie potencjalnych klientów do zakupu konkretnych towarów lub do skorzystania z określonych usług. Reklama przejawia się nie tylko w bezpośrednim proponowaniu zakupu dobra lub skorzystania z usługi, lecz także może polegać jedynie na przedstawieniu zalet danego produktu czy usługi. Na potrzeby niniejszej ustawy wystarczy, aby informacja stanowiła choćby pośrednią promocję do skorzystania z oferowanych przez przedsiębiorcę usług lub zakupu produktów.

Skoro reklama ma stanowić zachętę do skorzystania z oferowanych przez nadawcę określonych dóbr, to należy uznać, że podmiotem, który może dopuścić się tego czynu nieuczciwej konkurencji może być tylko przedsiębiorca.

Kolejną przesłanką jest istotna ingerencja w sferę prywatności adresata korespondencji. W przypadku *spammingu* ingerencją w sferę życia prywatnego jest wykorzystywanie adresów identyfikujących odbiorcę bez jego zgody. Dla określenia zaś poziomu ingerencji należy wziąć pod uwagę częstotliwość przesyłanych informacji, ich treść, sposób jej przesyłania, a nawet to z jakiej konkretnie poczty korzysta adresat. Przykładowo, trudno zakwalifikować jako uciążliwą reklamę przesłaną incydentalnie lub jednorazowo, natomiast możemy za taką uznać informację przesyłaną codziennie lub za każdym razem, kiedy użytkownik zaloguje się do poczty. Także treść może stanowić o możliwości zakwalifikowania działań jako ingerujących w sferę prywatności. Przy obecnym nasileniu zjawiska *spammingu* wielu adresatów pomija informacje reklamowe, co

¹⁸ B. Gadek, *Generalna klauzula odpowiedzialności za czyn nieuczciwej konkurencji*, ZNUJ PWiOWI 2003, z. 8, s. 86.

¹⁹ J. Gołaczyński, *Ustawa o świadczeniu...*, s. 112.

z kolei powoduje, że spamerzy w tytule maila wpisują hasła sugerujące, że przesłana wiadomość jest istotna (przykładowe tytuły wiadomości: niezapłacony rachunek, przypominamy o twoich obowiązkach itp.). Taki tytuł maila ma na celu przyciągnięcie uwagi adresata i spowodowanie, że otworzy on wiadomość, której nie otworzyłby, gdyby jej tytuł odzwierciedlał zawartość wiadomości. Jak wcześniej wspomniano znaczenie ma również to, z poczty jakiego dostawcy korzysta dany podmiot otrzymujący korespondencję. Skrzynki elektroniczne na jednych portalach segregują wiadomości, tworząc w tym celu specjalne pod-skrzynki na informacje handlowe, w tym reklamy, inne z kolei takiej funkcji nie posiadają. W praktyce powoduje to, że wychwycenie przez adresata wiadomości dla niego istotnych będzie bardziej uciążliwe, choćby dlatego, że będzie musiał lepiej się skupić na tym, aby dokonać selekcji wiadomości. Dla określenia poziomu ingerencji w życie prywatne będzie miało niewątpliwie znaczenie to czy informacje przesyłane są na pocztę prywatną, czy na adres służbowy. Wprowadzenie tej przesłanki eksponuje problem naruszeń popełnianych wobec konsumentów. Należy jednak zauważyć, że niezamawiane informacje masowo rozsyłane są do osób prawnych, dla których są równie uciążliwe. Ponadto treść informacji kierowanych do osób prawnych odbierana jest finalnie przez osoby fizyczne, więc uciążliwość zjawiska jest w tym przypadku zbliżona. Efektywna walka ze spamem wymaga rozszerzenia katalogu podmiotów chronionych, a co najmniej wyraźniejszego określenia naruszeń, jakie niesie to zjawisko dla przedsiębiorców niebędących osobami fizycznymi.

Ustawodawca stanowi, że ingerencja w sferę prywatności musi być istotna, czyli posiadające zdolność oddziaływania. Z punktu widzenia ochrony prawa do prywatności należy stwierdzić, że każde działanie spełniające przesłankę uciążliwości będzie jednocześnie stanowiło ingerencję istotną, czyli mającą znaczenie dla powstania niedogodności.

Na samym końcu należy zwrócić uwagę na pojęcie „nadużywania” środków komunikacji. Ta przesłanka powinna być interpretowana przy uwzględnieniu poprzednich warunków uznania spamu jako reklamy naruszającej ustawę o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, same techniczne środki komunikacji jako narzędzie prowadzące do naruszenia. Jeżeli bowiem informacja przesyłana do określonego adresata jest dla niego uciążliwa i ingeruje w sferę jego prywatności, to wykorzystanie technicznego sposobu komunikacji prowadzi do naruszenia prawa i zastosowanie prowadzi do jego nadużycia.

IV. Porównawcza analiza przesłanek i wnioski

Spamming może być uznany za czyn nieuczciwej konkurencji w oparciu o przepisy zarówno ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, niezależnie od uwzględnienia go jako czynu nieuczciwej konkurencji, jak i ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Należy jednak podkreślić, że analiza przesłanek zakwalifikowania *spammingu* jako czynu nieuczciwej konkurencji na gruncie drugiej ze wskazanych ustaw ma szerszy zakres zastosowania i pozwala na zakwalifikowanie większej ilości zachowań polegających na przesyłaniu niezamawianych informacji jako deliktu naruszającego uczciwą rywalizację rynkową.

Ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną wymaga jedynie, aby 1) wiadomość została wysłana za pomocą środków komunikacji elektronicznej; 2) odbiorca był osobą fizyczną; 3) odbiorca był oznaczony; 4) odbiorca nie zamawiał przesyłanej informacji; 4) przekaz miał charakter informacji handlowej.

Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wymaga natomiast, aby wiadomość 1) zawierała informację reklamową; 2) stanowiła istotną ingerencję w sferę prywatności, przy czym ingerencja musi być uciążliwa; 3) stanowiła nadużycie technicznych środków przekazu.

W zakresie treści wiadomości stanowiącej delikt nieuczciwej konkurencji szersze zastosowanie przewiduje pierwszy z aktów, zakres przedmiotowy informacji reklamowej mieści się bowiem w zakresie przedmiotowym pojęcia informacji handlowej. Ponadto ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną nie wymaga, aby przesyłanie informacji było uciążliwe lub stanowiło istotną ingerencję w sferę prywatności. Brak przesłanki uciążliwości pozwala na zakwalifikowanie jako deliktu jednorazowo przesłanej niezamawianej informacji handlowej. Powoduje to, że podmiotowi, którego prawa zostały naruszone deliktem polegającym na *spammingu*, zamierzającemu dochodzić roszczeń z tytułu popełnienia przeciwko niemu czynu nieuczciwej konkurencji łatwiej będzie wykazać przesłanki określone w ustawie o świadczeniu usług drogą elektroniczną. W praktyce zatem roszczenie potencjalnego pokrzywdzonego będzie oparte na pierwszej z prezentowanych ustaw, z tego głównie powodu, że łatwiej będzie w oparciu o nią wykazać zaistnienie naruszenia.

Na zakończenie warto zauważyć, że ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przewiduje szerszy krąg podmiotów odpowiedzialnych za dopuszczenie się niekonkurencyjnego deliktu, co w niektórych sytuacjach powodować będzie, że pomimo surowszej oceny z punktu widzenia podmiotu dochodzącego swoich praw atrakcyjniejsze będzie skorzystanie z tego rozwiązania. Zgodnie bowiem z art. 17 powoływanej ustawy deliktu dopuszcza się również agencja reklamowa albo inny przedsiębiorca, który reklamę opracował. Nie jest to jednak przedmiotem niniejszego artykułu.

Pomimo wielokrotnego eksponowania *spammingu* jako zachowania bezprawnego, polskie prawo w walce z tym zjawiskiem jest mało skuteczne, co każdy z nas może stwierdzić, każdorazowo sprawdzając swoją pocztę e-mail. Świadczy o tym również znikoma ilość orzecznictwa podejmującego kwestię spamu. Problem istnieje i nie zostanie zwalczony dopóty, dopóki działania polegające na wysyłaniu niezamawianych informacji handlowych będą się opłacały, to znaczy korzyści uzyskane z naruszeniem prawa będą przewyższać potencjalne koszty bezprawnych działań. Polski ustawodawca powinien zastanowić się nad wprowadzeniem surowszych, a ponadto ryczałtowych kar finansowych za stosowanie *spammingu*. Podobne rozwiązania wprowadziły niektóre kraje europejskie, takie jak Wielka Brytania, Irlandia czy Szwecja.

Należy również zwrócić uwagę na fakt, że *spamming* jest szkodliwy nie tylko dla konsumentów, lecz także dla przedsiębiorców. Omawiane w niniejszym artykule regulacje zasadniczo ograniczają możliwości przedsiębiorców poszkodowanych działaniami *spammerów*. Warto w tym miejscu podkreślić, że o ile osobie fizycznej utożsamionej z konsumentem łatwiej *spammingiem* wyrządzić krzywdę, o tyle w sytuacji osób prawnych można spowodować realną szkodę. Skrzynki poczty elektronicznej zakładane dla osób prawnych użytkowane są finalnie przez ich pracowników. Dla podmiotów gospodarczych konieczność selekcji wiadomości powoduje realną szkodę polegającą na spowolnieniu pracy osób zatrudnionych, ryzykiem pominięcia wiadomości istotnej, która przypadkowo trafi do pod-skrzynki ze spamem itd. Poszerzenie katalogu podmiotów ekspresywnie chronionych przed spamem zwielokrotni efektywność walki ze zjawiskiem, a także podniesie poczucie społecznej świadomości w zakresie bezprawności tego działania.

Kolejnym czynnikiem pozytywnie wpływającym na zwiększenie skuteczności regulacji antyspamowych może być wprowadzenie ryczałtowego odszkodowania za przesyłanie niezamówionych

informacji handlowych. Omawiane zjawisko jest na tyle powszechne, że przeciętny człowiek po temacie wiadomości jest w stanie wywnioskować, która wiadomość stanowi spam. Odbiorca zwykle w ogóle takiej wiadomości nie odczytuje i usuwa ją. Można z tego wywnioskować, że każda niezamówiona informacja będzie powodowała taką samą uciążliwość polegającą na konieczności selekcji informacji. Skoro zatem niezależnie od treści niezamówionej informacji będzie ona niosła ze sobą takie same niedogodności, to zasadnym będzie określenie jednolitej rekompensaty pieniężnej dla tego typu naruszenia. Ustalenie takiego ryczałtowego odszkodowania ułatwi potencjalnemu pokrzywdzonemu dochodzenie jego roszczeń w tym sensie, że nie będzie on musiał sam określać jaka rekompensata jest odpowiednia i nie będzie obarczony ryzykiem żądania zbyt wygórowanej kwoty tytułem odszkodowania. Takie rozwiązanie może spowodować, że ofiary *spammingu* chętniej będą dochodziły swoich praw, co w rezultacie przełoży się na skuteczność regulacji prawnych, a ponadto może doprowadzić do pożądanej sytuacji, w której przesyłanie niezamawianej informacji przestanie być opłacalne. Brak rentowności jakiegokolwiek zjawiska eliminuje je zdecydowanie lepiej niż najsurowszy przepis.

Bibliografia

- Gadek B., *Generalna klauzula odpowiedzialności za czyn nieuczciwej konkurencji*, ZNUJ PWiOWI 2003.
- Gołaczyński J., *Ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009.
- Gołaczyński J., *Wybrane problemy regulacji antyspamowej w Polsce*, „Prawo Mediów Elektronicznych” 2007, nr 6.
- Kasprzycki D., *SPAM, czyli niezamawiana komercyjna poczta elektroniczna. Zagadnienia cywilnoprawne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2005.
- Konarski X., *Komentarz do ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną*, Difin, Warszawa 2004.
- Litwiński P., *Ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną – nowa regulacja, nowe obowiązki. Ochrona Informacji*, Biuletyn TISM 2000, nr 6–7.
- Mikoś J., *Spam – metody walki i obrony*, [w:] J. Gołaczyński (red.), „Prawo Mediów Elektronicznych” 2006, nr 4; dodatek do „Monitora Prawniczego” 2006, nr 2.